

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO**

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-554-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teoria do Direito. 3. Teoria da Justiça. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Integram a presente obra os artigos apresentados no Grupo de Trabalho TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I que foi realizado no âmbito do XI Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido no mês de Outubro de 2022, na cidade de Santiago do Chile.

Os trabalhos apresentados enquadram-se entre os temas abarcados pelo grupo e se constituem como objetos de pesquisa atuais e relevantes. São, ainda, representativos de uma produção acadêmica plural, uma vez que varias correntes e pensadores, brasileiros e estrangeiros, estão incluídos entre os referenciais adotados.

Os autores e autoras estão, ou foram vinculados, aos Programas de Pós-graduação em Direito sediados em várias regiões do Brasil, havendo, também nesse aspecto, evidente diversidade, sendo, ainda, o grupo de trabalho, acessível aos pesquisadores dos programas das instituições chilenas que participaram do evento.

Os textos, agora reunidos, são bastante ricos, pois empregam diversas estratégias teóricas de abordagem ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo.

Os marcos teóricos adotados, por sua vez, constituem as mais atuais teorias e autores no campo da Teoria do Direito, Filosofia Política e Teoria do Direito, justificando, claramente, a importância dos temas tratados. Ao lado disso, a precisão científica e metodológica, comprovadamente, conduziu a investigação dos problemas propostos.

Os títulos dos trabalhos apresentados representam muito bem essa grande amplitude:

1. ESTADO DE DIREITO, INCERTEZA E INSTRUMENTALISMO

2, AS APLICAÇÕES DO DEBATE DWORKIN E POSNER ACERCA DAS RESPOSTAS CERTAS DOS CASOS DIFÍCEIS NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3. DO JUSNATURALISMO RACIONALISTA AO PÓS-POSITIVISMO: ECOS DA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A NECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO AO DECISIONISMO JUDICIAL NO BRASIL: O CASO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS”

5. A IDEIA DE LEGITIMIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

6. O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA NORMA E O CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO LIMITE À SUBJETIVIDADE INTERPRETATIVA

7. DIREITO À ALIMENTAÇÃO, SEGURANÇA ALIMENTAR E ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: LEITURA BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS

8. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA MODERNIDADE

9. O DIREITO À EDUCAÇÃO: A CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RAWLS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL DE CASTELLS

10. REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO DEBATE POLÍTICO DA JUSTIÇA IGUALITÁRIA ENTRE JOHN RAWLS E AMARTYA SEN

A intenção dos autores e autoras em aprofundar o estudo dos temas examinados, certamente, foi alcançada, tanto pela socialização como pelos ricos debates e contribuições resultantes das atividades presenciais ocorridas no evento.

A diversidade e importância dos temas e a qualidade da pesquisa aqui representada, nos leva a recomendar a todos interessados, a leitura e reflexão acerca dos temas examinados e aqui reunidos e, assim, disponibilizados ao público.

Em conclusão, fica o registro da satisfação dos coordenadores, Prof. Dr. Jean Carlos Dias (CESUPA) e Rubens Beçak (USP), em retomar as atividades presenciais nesta fase pós-pandêmica em evento de grande qualidade, o que pode ser facilmente aferido pela leitura dos trabalhos colacionados.

AS APLICAÇÕES DO DEBATE DWORKIN E POSNER ACERCA DAS RESPOSTAS CERTAS DOS CASOS DIFÍCEIS NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

APPLICATIONS OF THE DWORKIN AND POSNER DEBATE ABOUT THE RIGHT ANSWERS OF HARD CASES IN CONSTRUCTION OF JUDICIAL DECISIONS

Tiago Miranda Soares ¹
Jean Carlos Dias ²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar de que forma a teoria interpretativa do direito de Ronald Dworkin e a análise econômica do direito de Richard Posner acerca das respostas certas aos hard cases influenciam nas construções das decisões judiciais. Da mesma forma, objetiva-se determinar quais os pressupostos teóricos utilizados por ambas as teorias do pensamento jurídico contemporâneo que definem a resposta certa a ser dada pelos juízes aos casos de difícil resolução. Para tanto, faz-se também breve apresentação dos pontos principais de cada tese, para fins de contextualização do presente debate. Através da utilização do método hipotético-dedutivo com levantamento bibliográfico, busca-se definir a contribuição dos dois autores para a certeza do processo de concretização do direito através das decisões judiciais nos casos que, levando-se em consideração os pressupostos teóricos de ambos os pensamentos, podem ser considerados como difíceis, e de que forma tal pretensão mostra-se relevante nos dias atuais dada a realidade dos processos jurídico-políticos nas democracias contemporâneas.

Palavras-chave: Ronald dworkin, Richard posner, Caso difícil, Resposta certa, Decisão judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to analyze how the interpretive theory of law of Ronald Dworkin and the economic analysis of law of Richard Posner about the right answers to hard cases influence the construction of judicial decisions. Likewise, the objective is to determine which theoretical assumptions are used by both theories of contemporary legal thought that define the correct answer to be given by judges to cases of difficult resolution. To this end, there is also a brief presentation of the main points of each thesis, for the purpose of contextualizing this debate. Through the use of the hypothetical-deductive method with bibliographic survey,

¹ Mestrando em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário do Pará - CESUPA

² Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará - UFPA

it is seek to define the contribution of the two authors for the certainty of the process of realizing the law through judicial decisions in cases that, taking into account the theoretical assumptions of both thoughts, can be considered difficult, and how this claim is relevant nowadays given the reality of the legal-political processes of contemporary democracies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ronald dworkin, Richard posner, Hard case, Correct answer, Judicial decision

1. INTRODUÇÃO

A teoria do direito de Ronald Dworkin é, por certo, uma das mais influentes e referenciadas na história do pensamento jurídico crítico contemporâneo. Seu rompimento com o positivismo clássico – especialmente aquele representado por Herbert Hart –, com a instauração de um sistema informal de resolução dos casos difíceis, mostrou-se de grande valia para a valoração do estudo do direito, que passou a ser visto não mais como um conjunto de regras positivas, desprovidas de qualquer virtude, hierarquicamente estabelecidas em um ordenamento jurídico, mas sim como proeminentes mandamentos que possuem valor em si mesmo.

Em que pese refute quase que em sua completude o pensamento jurídico clássico – no sentido de estabelecer que deve haver sim uma resposta certa para os *hard cases* –, Dworkin utiliza-se, inicialmente, da terminologia por este adotada, como ponto de partida para que possa formular sua tese. Isto porque, ao adentrar criticamente no enfoque da resolução dos casos difíceis, Dworkin utiliza a mesma base substancial aplicada pelo positivismo clássico para definir o que são, efetivamente, *hard cases*, ou seja, define caso difícil como aquela celeuma em específico onde não há como se chegar, tendo por sustentáculo o arcabouço de normas positivas disponíveis, em uma resposta imediata, que possa ser considerada prontamente correta.

Não obstante, tomará também como parâmetro de contextualização que a discricionariedade judicial para a aferição da resposta correta nos casos difíceis, conforme determinada inicialmente pelos positivistas clássicos, será necessária, visto que esta é consequência do reconhecimento de que, nestes casos, não há norma que otimamente se encaixe. Relativiza-se, portanto, sob este aspecto específico – e que posteriormente, como se verá, constituirá crítica de Dworkin à essa vertente positivista tradicional – a segurança jurídica, o que desconstitui o próprio dogma pragmático da teoria clássica.

As semelhanças, levando em consideração as que usualmente são figuradas pelas doutrinas sobre, normalmente resumem-se à estas. As críticas e as inovações de Dworkin, no entanto, seguem daí em diante, de forma que este desconstrói completamente este pensamento precedente, e serão tratadas de forma aprofundada mais à frente.

Malgrado sua notória influência e contribuição para o pensamento jurídico e a forma como se pensa o que é o direito na contemporaneidade, a teoria de Dworkin não é, de forma alguma, imune à críticas. Tais críticas se manifestaram das mais diversas maneiras, inclusive

promovendo-se uma destas como uma quebra paradigmática nas correntes teóricas de raciocínio que se propunham, à época, a buscar entender o fenômeno jurídico de forma substancial, ou seja, definir qual a natureza e, portanto, essência do direito.

Com o intuito de tentar socorrer o positivismo clássico, após os golpes à ele dirigidos por Dworkin, uma parte dos doutrinadores tradicionais buscaram robustecer a teoria positivista, de forma que houvesse, simultaneamente, a reafirmação dos preceitos clássicos emblemáticos da teoria – em especial aqueles trazidos por Herbert Hart –, e o justo esclarecimento pormenorizado destes, de forma que fosse possível, através desta gradação de densidade concepcional dos institutos positivos, o manobrimento destes em desfavor das críticas dworkinianas. Figuram-se nesta corrente teórica nomes como Joseph Raz e Scott Shapiro.

Noutro caminho, parte dos doutrinadores buscaram, não reafirmar os dogmas positivos, mas sim reescreve-los, de forma a conceber novos entendimentos a estes, a fim de que possam, de alguma forma, se complementarem à teoria de Dworkin. Neste campo, diferentemente das teses exclusivas, não há apego e reverência à tese anterior, mas sim o reconhecimento de que aquelas foram, efetivamente, superadas pela teoria interpretativa dworkiniana. Figuram-se nessa corrente teórica nomes como Jules Coleman, Will Waluchow e, até mesmo, o próprio Herbert Hart, em resposta à Dworkin.

A teoria interpretativa de Ronald Dworkin, portanto, marcou o pensamento jurídico do século XX – e dispõe ainda de expressivo protagonismo no século XXI –, e foi capaz de fragmentar as culturas de filosofia jurídica correntes, fragmentação tal que se faz presente até os dias atuais. Porém, como já supra referido, a teoria dworkiniana foi objeto de críticas das mais variadas possíveis e, apesar de porção esmagadoramente majoritária destas estar incluída no quadro acima trazido, há pontos fora da curva que são dignos de apreciação.

Dentre estas, pode-se citar a teoria de Richard Posner que, diferente de tudo aquilo que comumente é manuseado quando se está defronte a uma teoria crítica sobre o direito, eclode com uma metodologia completamente distinta das que eram, até então, lugar-comum de utilização por parte dos filósofos do direito contemporâneos. Se os julgamentos à Dworkin tendem a figurar em ambientes e ajustes teóricos pré-estabelecidos, Posner vem para quebrar este costume, apresentando-se como um completo *outsider*.

De início, este vai estabelecer uma relação de interdisciplinaridade entre a ciência jurídica e a ciência econômica, de forma que pautará seu exame sobre o dever ser do direito com base em dogmas que, até o momento, eram exclusivamente aplicados à teoria econômica, não atoa sua teoria é chamada de “análise econômica do direito”. É certo que a exegese posneriana não é um juízo crítico especificamente direcionado à Dworkin – configurando-se

mais como uma crítica geral à forma como se pensa sobre o direito na contemporaneidade, sendo o Dworkin um dos autores mais influentes nesta –, porém, a forma como esta dialoga com a teoria interpretativa da resolução dos casos difíceis é demasiadamente construtiva, visto que a análise econômica do direito de Posner é elaborada de forma a estar intrinsicamente ligada à decisão judicial.

Dessa forma, o que se buscará definir, de forma efetiva, no presente trabalho, é de que forma o debate entre as teorias de Ronald Dworkin e Richard Posner acerca das respostas certas nos casos difíceis influencia na construção das decisões judiciais. Através de um exame detalhado acerca destas bases, buscará se determinar como estas anunciam a resposta certa de uma decisão judicial – a fim de enquadrá-la como adequada –, acerca de temas que podem ser considerados, para ambas as teorias, como casos difíceis.

Para tanto, utilizando-se do método hipotético-dedutivo com levantamento bibliográfico, inicialmente far-se-á uma inserção sobre a teoria do direito de Dworkin, após, sobre a teoria econômica do direito de Posner e, em tópico final, a fim de trazer resposta à pergunta problema neste idealizada, confrontam-se ambas as teorias, somado à uma análise sobre a conjectura das decisões judiciais, para definir de que forma estas exercem influência na definição de decisão judicial precisa.

2. A TEORIA INTERPRETATIVA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

Conforme já supramencionado, a teoria do direito de Dworkin é uma das mais expressivas no pensamento jurídico atual, sendo presença recorrente em estudos e periódicos acadêmicos que versam sobre filosofia do direito. Tal teoria concebeu-se de forma inovadora pois, pela primeira vez trouxe, de forma relativamente novel, a perspectiva valorativa do direito – perspectiva tal que havia, de certa forma, se perdido no estudo jurídico, visto que com o advento da teoria positiva, o jusnaturalismo clássico passou a ser desacreditado.

Partindo-se do pressuposto de inicial refutação do dogma do positivismo clássico de que não há resposta certa para casos difíceis, e que por conta disso exercem os juízes expressiva discricionariedade quanto aos seus juízos decisórios, Dworkin reconhece que há casos em que o direito não consegue oferecer resposta instantânea, conforme previsão específica em regulamento normativo próprio. Porém – e neste ponto específico que se desencadeia a principal contribuição do pensamento dworkiniano sobre as reflexões acerca da essência do direito –, este vai afirmar que, não é porque não há previsão singular de uma resposta jurídica

em um caso concreto, que se afirmará que não há, sob nenhuma hipótese, uma resposta a ser considerada certa.

Nesse diapasão, Dworkin vai contradizer algumas das principais teses do positivismo jurídico clássico. Dentre elas, e a que mais se faz relevante para a proposta do presente trabalho, é a de que o direito se resume exclusivamente aos conceitos codificados, de modo que é fonte do direito tão somente a lei escrita, não havendo qualquer outra procedência teórica ou deontológica que se configure como norma jurídica *stricto sensu*.

Neste aspecto específico, é como se o autor apontasse uma autossabotagem na tese positiva histórica, visto que esta reconhece como fonte do direito tão somente a regra escrita, porém, concomitantemente, reconhece que existe ampla margem de discricionariedade judicial para decisões nos *hard cases*. Ora, se os juízes são, conforme afirmava Montesquieu em “O espírito das leis” (1748) – autor, em parte, adotado pela escola jurídico positivista –, “a boca da lei”, como afirmar que estes, com suas formulações e interpretações das normas codificadas antinômicas, não seriam também fonte do direito, mas tão somente as normas em si?

Dworkin chega, em alguns pontos, a reconhecer que, se tomada exclusivamente a perspectiva jurídico-normativa de análise, não haverá uma resposta correta. No entanto, discorre este que, nesses casos específicos, a resposta correta não é encontrada tão somente porque caçada interiormente à uma arena singular de exame da norma jurídica, havendo de ser encontrada com a utilização de variantes que não se enquadram necessariamente nos arquétipos jurídicos próprios, a citar: moral política, sistema normativo e adequação.

Portanto, retomando à ideia inicial, a resposta certa será encontrada no pensamento dworkiniano, mas por meio da utilização de uma metodologia inédita, que até então não havia sido observada. Para tanto, indicará que a discricionariedade, conforme trazida pelo positivismo clássico, é simplesmente inverídica. Isto pois, referido autor alega que, a discricionariedade judicial, nos moldes trazidos pela tese positiva do direito por ele criticada, pode implicar em uma concentração excessiva de poder nas mãos dos juízes, concentração tal que, em boa parte, não se coadunará com sua argumentação.

Para melhor entendimento desta cognição, imperioso se faz ressaltar que Dworkin acredita que há dois modelos de discricionariedade judicial – ambos em polos extremamente opostos entre o pensamento do autor e o pensamento da escola positivista – a discricionariedade judicial “forte”, e a discricionariedade judicial “fraca”. Esta distinção é o ponto de partida para que se possa compreender, em plenitude, a teoria do direito de Dworkin quanto à resposta certa nos casos difíceis.

A discricionariedade judicial “forte”, para Dworkin, é aquela aplicada pela exegese jurídica clássica, sendo o poder concertado nas mãos do juiz para decidir, em um *hard case*, da forma como melhor entende o direito naquele caso em específico, estando este completamente desprendido de qualquer amarra de argumentação ou construção teórica padronizada de decisão judicial. Não há, dessa forma, nenhuma base de análise que deva ser obrigatoriamente seguida pelo magistrado, razão pela qual figura este como autoridade absoluta e legítima quanto aos seus convencimentos, desígnios e raciocínios jurídicos.

A discricionariedade judicial “fraca”, por sua vez, conforme aplicada na tese dworkiniana, é a aceção de que existem, faticamente, circunstâncias antinômicas entre as normas jurídicas que autorizam o juiz a aplicar certo nível de discricionariedade. No entanto, esta não será absoluta, não figurando o juiz como intérprete absolutamente autônomo e independente do direito. Neste quesito em especial, é que Dworkin introduz, de forma mais expressiva, um sistema de diagnóstico crítico dos *hard cases* que permitam a aferição de uma valoração à norma jurídica.

Para Dworkin, não haverá a discricionariedade judicial absoluta porque o juiz não está universalmente liberto de padrões de análise, visto que a normatividade não consiste tão somente nas regras escritas, mas também em um arcabouço principiológico que as envolvem.

Neste sentido, afirmam José Sérgio da Silva Cristóvam e Maicon Fernando Mendes:

O ponto central da crítica ao modelo da função judicial positivista está alicerçado no tema dos casos difíceis. Dworkin assegura que existindo contradições ou lacunas, o juiz não tem discricionariedade porque está determinado pelos princípios. Isso se baseia em dois argumentos: a) qualquer norma se fundamenta em um princípio; b) os juízes não podem criar normas retroativas.

Para Dworkin o juiz tem a obrigação de aplicar os princípios porque é parte indissociável do direito. Os princípios não são pseudorregras e não cabe ao juiz escolher quando devem ser utilizadas. (CRITÓVAM; MENDES, 2013, p. 6)

Vê-se, portanto, que, com base neste raciocínio, Dworkin rompe com a ideia de discricionariedade forte, conforme trazida pelo pensamento positivo, e institui um sistema de princípios como padrão de análise obrigatória a ser seguido pelos aplicadores do direito quando da decisão judicial em casos complexos.

É certo que a discricionariedade forte do positivismo tradicional, não fora objeto de crítica tão somente de Dworkin, em que pese a sua ter sido a mais bem desenvolvida e expressiva neste sentido, tendo havido diversos outros autores – especialmente após o desenvolvimento do pensamento dworkiniano – que teceram julgamentos de oposição à este dogma. Alega-se, muito comumente, em especial no pensamento jurídico mais atual, que tal discricionariedade figurava-se bem mais como arbitrariedade, visto que proporcionava aos

juízes a prerrogativa de explorar, da forma que bem entendessem, as lacunas do direito positivo, podendo estes decidirem em qualquer linha de raciocínio possível, desde que não se figurasse ofensa às regras escritas.

É nessa linha de raciocínio também a arguição de Jean Carlos Dias:

O poder discricionário forte, assim como reconhecido pelo positivismo, tem o condão de, ao mesmo tempo, inflar o poder normativo do poder judiciário de uma sociedade e negar a existência de qualquer padrão regulador que lhe possa ser imposto (isto é especialmente importante, porque afasta a incidência de princípios como normas que devam ser observadas pelos juízes. (DIAS, 2019, p. 93)

Não obstante, sobre a proposição específica dos juízes como “criadores” do direito, cabe o breve esclarecimento de que Dworkin tece severas críticas à esta conjectura, afirmando que cabe ao judiciário a análise com base tão somente em princípios, e não decisões políticas. Para este, deve-se recorrer ao sistema democrático de estruturação funcional dos poderes, de forma que, quem deve definir originalmente direitos é o legislador, dotado de legitimidade representativa para tanto. Ainda nesta argumentação, Dworkin afirma que quando os juízes figuram como autores da norma positiva, a lei é mais desrespeitada e a instabilidade política se intensifica, como consequência.

Inova, portanto, Dworkin, visto que reconhece a existência de uma instituição normativa principiológica no direito – há de se questionar também se houve, efetivamente, um reconhecimento, ou se não tão somente uma constatação, visto que a visualização de princípios jurídicos não é uma ideia apresentada primitivamente pelo referido autor – que mostra-se capaz de orientar a cognição exauriente dos juízes acerca das resoluções de casos difíceis.

No entanto, ainda deve haver a devida elucidação do pensamento dworkiniano no sentido de demonstrar como se dará o funcionamento deste sistema, ou seja, como este pode ser aplicado pelos magistrados quando da promulgação de suas decisões judiciais. Primeiramente, é reconhecido na teoria em debate que os princípios são normas jurídicas não hierarquizadas, portanto, não há como se estabelecer um padrão de análise de prevalência como base em um arranjo de importância.

Dessa forma, Dworkin recorre à um sistema de ponderação, que permita identificar, em um caso concreto de resolução difícil (*hard case*), quais os princípios jurídicos que estão em atrito conjuntamente com as regras escritas e, dentre tais princípios, qual deverá ser aquele que, tão somente naquele caso em específico, deverá preponderar sobre os demais.

Neste sentido, preceitua Rafael Simioni:

Para Dworkin (1978), os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação e a argumentação jurídica para certa direção. Não são questões de certo e errado, validade ou invalidade. São convicções que justificam o encaminhamento da solução

para uma direção e não outra. Os princípios são questões de peso na justificação de uma decisão jurídica, que se revelam na forma de razões que inclinam a decisão para uma ou outra decisão (DWORKIN, 1978, p. 26). Princípios não são regras contrafáticas, são pontos de vista para uma interpretação adequada dessas regras. Os princípios conferem uma posição especial que justifica a interpretação adequada do direito. (SIMIONI, 2018, p. 207)

Dessa forma, o que se depreende do pensamento dworkiniano, no que tange ao sistema principiológico jurídico como subsídio e padrão da análise para as decisões judiciais, é que a resposta certa será aquela que promova a melhor ponderação possível dos princípios em embate. Neste tópico, Dworkin concebe o ordenamento jurídico como uma unidade, reconhecendo as lacunas que são deixadas pelo legislador – não necessariamente porque este estima conceber o direito de forma incompleta e, conseqüentemente, conduzir ao juiz a apreciação daquela brecha, mas sim por não ser onisciente, sendo incapaz de idealizar todas as implicações fáticas que aquela norma pode propiciar.

No entanto, tais lacunas não são “áreas cinzas”, ou seja, espaços intranormativos que não possam ser iluminados com qualquer proposição jurídica existente. Isto porque, para Dworkin, a unidade do direito pode ser a chave para que se consigam alcançar as respostas certas nos casos difíceis, de qualquer forma que estes se manifestem. Conforme afirma o mesmo:

(...) uma proposição de Direito... é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária, ... mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária. ... pode existir uma resposta correta para a questão ... mesmo que a resposta não possa ser demonstrada (DWORKIN, 2000, p. 211)

Nesta linha de raciocínio, Dworkin adota uma perspectiva literária do direito, afirmando que o sistema jurídico seria como um romance, havendo determinadas informações omitidas pelo autor da obra, porém que não implicam necessariamente em falha ou incompletude da mesma.

Essas omissões seriam as lacunas do direito, que originariam, por sua vez, os *hard cases*. Para Dworkin, a resposta para eles pode ser visualizada internamente, dentro da própria lógica do direito como unidade, ou seja, a resolução mais correta para os casos difíceis é aquela que, aplicada a devida ponderação principiológica, melhor se adequa ao sistema normativo em geral.

É nesta lógica o argumento de Eduardo Carlos Bianca Bittar:

Dworkin, a partir de uma analogia com a ideia de escritura de um romance compartilhada entre vários autores (...), não acredita que os juízes, mesmo em casos difíceis (*hard cases*), estejam autorizados a criar, e simplesmente criar, direito novo, na medida em que ao agirem, o fazem de acordo com uma tradição, pois tomam o romance já pré-escrito, em parte, com a tarefa de dar-lhe continuidade ou dar

acabamento definitivo. Isso significa que o juiz não está autorizado a criar uma estória desvinculada de sua escrita anterior, muito menos que o juiz possa se desvencilhar do dever de considerar a coerência narrativa da ordem discursiva com a qual processa a estória ou lhe põe um término. Desta forma, não há somente a imposição dos valores subjetivos até o juiz ao caso concreto, mas uma atividade que leva em consideração o resto da estória escrita pelos demais atores sociais (agentes econômicos, morais, religiosos ...) e jurídicos (legisladores, políticos, juízes, advogados ...). (BITTAR, 2005, p. 128)

Portanto, arrematando as considerações do presente tópico, observa-se que Dworkin, ao romper com a corrente positivista clássica, propõe um novo modelo de discricionariedade judicial – que, por vezes, até mesmo dentro de sua tese, afirma não existir, visto que, aplicando-se a seu enunciado de unidade jurídica, faticamente não seria possível haver espaços em que não há incidência de norma, sendo certa tal incidência, ainda que na forma de princípios –, que consiste na utilização de um sistema de princípios como bases não formais do direito, porém que configuram-se fonte inafastável deste. O pensamento dworkiniano reforça a valoração do direito por meio do aproveitamento dos elementos intrínsecos do sistema normativo, bem como pelo uso da ponderação e adequação à este, através do reconhecimento de um dever para com a moral política.

3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (CÉTICO-PRAGMÁTICA) DE RICHARD POSNER

Dentre as críticas promovidas à teoria de Dworkin, certamente a análise econômica do direito de Posner é a que figura mais peculiar, visto que rompe com o padrão de resposta apresentado à tese dworkiniana de positivistas inclusivos e exclusivos. A bem da verdade, trata-se de uma teoria crítica que rompe com qualquer conceito pré-estabelecido e qualquer padrão de abordagem do estudo do direito. Necessário se faz, portanto, uma breve apresentação de teoria, para então definir quais as suas aplicações sobre o debate sobre a resposta certa nos casos difíceis.

Posner inicia sua tese afirmando que a educação jurídica contemporânea não contempla a perspectiva externa – ou seja, desconsidera as possíveis contribuições de disciplinas distintas para a ciência jurídica. Esta concepção, para o referido autor, escancara as imperfeições das teorias sobre o pensamento jurídico contemporâneo, uma vez que, o fundamento de validação de uma teoria científica sobre qualquer fenômeno é a observação deste sobre uma ótica exterior. Dentre estas, o autor se propõe a analisar o direito sobre uma perspectiva econômica.

Reafirma Posner que a sua teoria não é necessariamente nova, não sendo visualizada como fenômeno de forma inaugural, mas sim apenas por ele reconhecida como tal. Este método

de avaliação do direito já era aplicado, muito antes do lançamento da tese posneriana, no direito antitruste, nas regulamentações de serviço público, ou seja, via de regras às áreas em que há estrita regulamentação econômica – não obstante já foi objeto de estudos preliminares anteriores. Conforme explica Luana Renostro Heinen:

O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) iniciou-se na Universidade de Chicago entre 1940 e 1950, com orientação marcante do economista Aaron Director que buscava aplicar insights econômicos a casos legais em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste e o Direito Comercial. Já a partir de 1960, iniciou-se a nova escola da AED – hoje reflete o núcleo central de trabalho da Escola de Chicago – que passou a estudar âmbitos do direito não estritamente relacionados com a economia como regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, também, regras de Direito Penal e Processual. Essa segunda fase é particularmente marcada pelos trabalhos de Ronald Coase sobre os custos de transação.

Richard Posner insere-se nessa segunda fase da escola e foi responsável, juntamente com Gary Becker, pela grande disseminação da proposta da AED nos meios jurídicos. (HEINEN, 2012, p. 1)

Porém, o que se visualizou, em especial com o lançamento da teoria de Posner, é que essa interpretação sistemática passou a permear áreas, até então, avessas a qualquer tipo de relação com regulação econômica, a citar, por exemplo, o direito de família, direito penal e responsabilidade civil.

Esta inserção de análise no direito é assim explicada por Gabriela Rangel da Silva e André Luiz Staack:

A teoria seguida por Richard Posner propõe a utilização das leis da Economia como meio de racionalização das decisões judiciais. Entretanto, o Direito não regula somente questões que envolvem assuntos patrimoniais ou empresariais. Ele transita nos mais variados âmbitos, sejam eles privados ou públicos, de caráter pecuniário ou não.

Assim sendo, fundamentar as decisões judiciais com suporte nas regras de regulamentação da economia enseja ampliar os conflitos ideológicos, sejam eles referentes a Igualdade formal e material, a Legalidade ou até mesmo na tão almejada Fraternidade. A racionalização do Direito pelas leis da oferta e procura são bastante limitadas quando se trata de garantias fundamentais e desconsidera totalmente os hipossuficientes e as minorias. (SILVA; STAACK, 2017, p. 40)

Dessa forma, a análise econômica do direito possui um aspecto mais ambicioso, visto que se propõe a analisar o direito com base em uma teoria econômica unificada, com a máxima de orientação deste ao livre mercado, e de “mimetizar a produção” para encaminhar as diversas áreas do direito para que as transações de mercado fossem viáveis. Observa-se, portanto, que esta vai conter critérios descritivos e normativos, e vai abraçar o realismo jurídico como objeto de avaliação constante no direito.

Reconhece Posner que são indispensáveis as teorias do direito a ele contemporâneas, pelos seus êxitos na elucidação de pontos importantes no sistema jurídico, porém, estas provaram-se de difícil assimilação no âmbito da advocacia e do próprio ensino do direito. Isto acontece pois os intérpretes do direito, pela tradição educacional jurídica que tiveram, adquirem os conhecimentos necessários para manobrar no sistema, mas não conseguem compreender as bases do sistema em si. Por conta disso, o direito deve basear-se no pragmatismo cotidiano e se utilizar menos do pragmatismo filosófico (POSNER, 2011, p.100).

A teoria posneriana, como já supramencionado, possui aspectos descritivos e normativos, tendo por objetivo a busca pela previsão e explicação do comportamento dos agentes e grupos que atuam no sistema jurídico, a fim de que possa ser possível a própria compreensão sobre como este sistema efetivamente funciona, e como se dá a sua estrutura (doutrinal, procedimental, institucional).

Posner ainda indica algumas vantagens acerca da aplicação da teoria. A primeira diz respeito à posição confortável de análise quanto à temas politicamente controversos – visto que, pelos olhos de um analista econômico, não há paixões que inevitavelmente são envolvidas nestes casos. Também, a abordagem econômica é capaz de desfazer determinadas antinomias que podem suscitar disputas, visto que se propõe a mostrar tão somente os interesses envolvidos na disputa em si. Há ainda, nada obstante, outro benefício da aplicação da tese econômica à ciência jurídica. Argumenta Posner, inicialmente, que esta pode ser responsável por simplificar a linguagem jurídica.

Através de um sistema de análise prós/contras de determinada situação, respostas que seriam simples, podem passar a ser visualizadas de forma macro – por meio de uma análise estritamente jurídica –, em especial por juízes adeptos à essa modalidade de exame.

Neste sentido, argumentam Geraldo Neves Leites e Jean Carlos Dias:

Com esse raciocínio, Posner (2007a) entende que o juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para ordem pública e para a sociedade. (LEITE; DIAS, 2016, p. 161)

Vê-se, portanto, a importância dada a uma análise dos casos concretos para além do estritamente jurídico. É válida, para Posner, a abordagem econômica no sentido de que esta auxilia os juristas a visualizar as consequências das decisões baseadas exclusivamente no direito, inclusive naqueles casos em que, para a ciência jurídica, já há resposta considerada padrão – vê-se aqui que já se observa a forma com a qual Posner lida com a decisão judicial, o que será primordial para as ideias desenvolvidas no próximo tópico.

Dessa forma, encaminhando-se para a fechamento da apresentação da teoria econômica de Posner no presente tópico, observa-se que a base epistemológica da qual parte-se a teoria é inteiramente diferente da dos demais pensamentos jurídicos desenvolvidos até da divulgação de sua tese. Já foi possível, em alguns pormenores específicos, identificar, ainda que inicialmente, a postura de Posner acerca dos casos difíceis, bem como qual a resposta correta a ser dada pelo juiz à estes casos, isto porque, a análise econômica do direito é, em boa parte, direcionada para os justos fundamentos das decisões judiciais, razão pela qual esta dialoga diretamente com a teoria do Dworkin, em que pese não ter sido uma crítica à ela diretamente endereçada. Tal diálogo será mais especificamente trazido no tópico seguinte.

4. AS IMPLICAÇÕES DAS TEORIAS DE DWORKIN E POSNER NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

O que pôde se constatar, pelo desenvolvimento de ambos os pensamentos nos tópicos antecedentes, é que se tratam de modelos de interpretar o direito absolutamente distintos entre si, tanto por base teórica quanto por aplicação prática. Dessa forma, o que busca responder no presente tópico é, inicialmente, quais as divergências de ambas as teorias acerca da resposta certa nos *hard cases*, conforme originalmente trazidos pelo positivismo clássico, e, para fins de concluir e oferecer uma resolução à pergunta problema proposta neste trabalho, de que forma este debate influencia a construção da decisão judicial.

Já se destaca, de início, que Posner diverge diretamente da concepção romancista do direito (romance em cadeia) de Dworkin. Destaca o primeiro que o esforço argumentativo de Dworkin, primitivamente, peca na retratação da prática judicial, se mostrando imprópria, visto que não se encaixa adequadamente à realidade; e também, afirma que a teoria de Dworkin se auto sabota, uma vez que traz diversas suposições que tornam ainda mais complexas as buscas por uma resposta certa (POSNER, 2007, p. 269).

Para fundamentar sua crítica geral, Posner lança mão de justificações específicas – que, se analisadas de acordo com a teoria econômica do direito, se combinam. A primeira delas é de que é possível transpassar a lógica do direito à uma lógica literária. Isto porque, na literatura é possível que o autor de um romance simplesmente negue-se a elucidar determinado ponto obscuro na trama, alegando que este é dispensável para a perfeita compreensão do conjunto da obra, enquanto que no sistema jurídico isto não é possível. Nesse sentido, conforme explicam Loiane Prado Verbicaro e Isabelle de Asunção Rodrigues, para Posner há:

(...) a necessidade de se pensar em um Direito que não se volte apenas ao passado, mas ao contrário, que seja construído com vistas ao futuro, deixando de lado, se for preciso, as leis e os julgados construídos no passado – bem como outros materiais jurídicos – que não mais forem úteis no atendimento das aspirações presentes e vindouras de uma dada sociedade e abrindo espaço para outros elementos que possam servir melhor não só a um caso específico, mas para todo o sistema jurídico, ainda que esses elementos advenham da própria vivência do magistrado ou mesmo da opinião pública. (VERBICARO; RODRIGUES, 2017, p. 116)

As lacunas originalmente deixadas no direito serão – quase que inevitavelmente – estendidas à apreciação judicial, e os juízes, por sua vez, não poderão alegar que não fornecerão uma resposta tutelar específica àquele caso sob este fundamento, estando estes obrigados a conceber uma resolução. Da mesma forma, argumenta Posner que há no sistema jurídico uma comunidade de intérpretes que impedem com que possam se conceber, efetivamente, respostas a serem consideradas “certas”, visto que, por conta de tal pluralidade, não há como ter uma interpretação objetiva dos *hard cases*.

Da mesma forma, ao refutar o “romance em cadeia” dworkiniano, Posner afirma que não há nenhuma evidência precisa de que eventos passados possam, de alguma forma, conter informações úteis ou instruções para a contemporaneidade, em especial no direito.

Nesse sentido, aduz Jean Carlos Dias:

(...) aduz que a metáfora do romance em cadeia pressupõe que se possa, em certo sentido, prever em que direção o autor original pretendia que a narrativa fosse ser desenvolvida.

Posner alerta que não é possível exercer esse tipo de raciocínio, nem na literatura, tampouco no direito uma vez que não existem elementos de convencimento que possam indicar de forma clara como as informações do passado contêm ou podem conter soluções para problemas contemporâneos. (DIAS, 2019, p. 71)

Este último julgamento posneriano à tese de Dworkin é bastante fácil de ser visualizada, até mesmo para quem não se debruça especificamente ao estudo da filosofia do direito, dado que não foi o que, historicamente, se constatou na evolução do conhecimento humano – o que, por efeito direto, aplica-se também às ciências jurídicas –, apresentando-se como elemento novo na ciência aquilo que justamente nunca havia sido anteriormente idealizado.

Vê-se, portanto, que o pensamento de Posner não poupou críticas à teoria de Dworkin, sendo, quase que em sua integridade, resumidas à ideia de que a linguagem jurídica é imprecisa e culta-positiva, de forma que é difícil delimitar resoluções corretas aos conflitos típicos.

No entanto, no debate acerca de qual seria a decisão judicial que incluísse a resposta certa aos casos difíceis, Dworkin não assentiu inteiramente às críticas a ele levantadas. Quanto à primeira tese, referido autor refuta afirmando que as imprecisões da norma jurídica não geram multiplicidade de respostas certas, dado que existem critérios de interpretação padrões que levam à respostas em um sentido único – Dworkin reafirma, portanto, neste ponto específico,

o seu sistema valorativo das normas como regras e princípios, que orientam a melhor resposta à um determinado caso –, sendo certa a resposta que melhor adeque os princípios *in casu* em conformidade com o ordenamento jurídico em geral.

Da mesma forma, Dworkin rebate a proposição representada também em Posner que uma resposta no direito só pode ser considerada correta se baseada em fundamentos fáticos, afirmando que não há necessidade dessa demonstração empírica, de forma que, se houver outras maneiras de se aferir sua eficácia, esta é válida.

Aplicando tais inserções para a decisão judicial – que, por óbvio, é a resposta imediata dada pelo direito nos casos difíceis –, vemos que, para Dworkin, a que carrega a resposta correta e, por consequência, ser considerada correta também, é aquela que vale-se unicamente da lógica dos princípios de adequação à moral e ao conjunto normativo. Para Posner, no entanto, a análise é mais aberta, de forma que sequer adentra na questão de certeza da resposta, mas tão somente nos seus efeitos imediatos práticos.

Assim dispõem Juliana Machado Fraga e Luana Figueró Silva Volpato:

Nesse diapasão restou evidente que, enquanto Dworkin preocupa-se com a formação de uma teoria hermenêutica do direito que possa embasar qualquer decisão judicial, até mesmo os casos que preceitua como difíceis, assim conhecido por seu cunho interpretativista, de outro lado Posner sustenta a escola pragmatista (ou neopragmatista), como aquela que os meios devem atender aos fins. Compete dizer, então, que em seu posicionamento, os juízes devem primar pelo coletivo em suas avaliações, admitindo um caráter utilitarista em seus julgados. (FRAGA; VOLPATO, 2014, p. 114)

Da mesma forma, elucida Michel Rosenfeld:

According to the law and economics movement lead by Richard Posner, law in general, and judicial interpretations in particular, ought to be geared to maximizing wealth. Thus, for example, if a common law judge must determine whether a manufacturer ought to be strictly liable for injuries caused by its products, or only liable in cases of negligence, the right answer is the one which would maximize wealth. In this example, this means that the judge should choose the alternative that is most efficient and least costly. If the risk of injury can be borne more economically and efficiently by the manufacturer, then strict liability is the right result. Otherwise, if it is more efficient to place some of the risk (either because it will lead to greater care or be cheaper to insure against) on those who may be injured, then the negligence standard would be called for. More generally, at least in principle, recourse to the wealth maximization standard, should lead judges to a single right answer consistent with the factual and normative presupposition of law and economics (ROSENFELT, 2005, p. 374)

Vê-se, portanto, que, pela comparação dos dois pensadores, que o ponto de partida da certeza da decisão judicial quanto à resposta certa para o caso difícil também dependerá da perspectiva teórica, uma vez que, para Dworkin, a resposta certa é aquela que, interna ao direito, compatibiliza a moralidade política com a conformação ao conjunto normativo, enquanto que, para Posner, externa ao direito, aplicando sua visão cético-pragmática, decisão judicial

“adequada” – não certa –, é aquela que traga uma resposta que considere as variantes extrínsecas, e pense a resolução do *hard case* com fundamento em pressupostos utilitaristas e, portanto, de satisfação dos interesses gerais envolvidos.

A interdisciplinaridade, conforme defendida pela análise de Posner, bem como a impossibilidade de se conceber o sistema jurídico-normativo como um complexo de mandamentos unos e compatíveis entre si – uma das teses basilares de sua teoria –, ainda que esteja à se falar de normas em sentido amplo, ou seja, regras escritas e princípios fundantes, reforçam ainda mais os seus argumentos no sentido de que deve-se reconhecer que a aplicação de preceitos, até então inexplorados pelas teorias do direito contemporâneas, pode efetivamente oferecer uma solução à, já estabelecida, incompletude, tanto escrita quanto principiológica, deste.

Desta feita, o que se pode observar, em síntese, do debate acerca da adequação e certeza da decisão judicial entre Dworkin e Posner é que há, no âmago das argumentações e pressuposições trazidos por ambos – seja em suas formulações originais, seja em suas objeções às críticas mútuas –, uma ilação valorosa que acaba vislumbrando-se como a essência das discussões que se levantam entre os dois autores sob este aspecto específico, e que se buscou estabelecer no presente trabalho, qual seja: a concretização do direito.

Para a teoria dworkiniana, as disposições legais escritas e as disposições nuncupativas de valor superior – notadamente os princípios –, já trazem, por si só, todos os parâmetros e balizamentos necessários para que o direito possa ser, não só judicialmente reconhecido, mas também aplicado da forma correta. Para a teoria posneriana, a incompletude do direito demanda, inevitavelmente, uma perícia pragmatista, com o uso de um utilitarismo *decisorium*, que fosse capaz de garantir a concretude e contemplação dos direitos envolvidos em um *hard case*, não só a curto, mas também a longo prazo.

Por fim, finaliza reconhecendo que a incompletude e, conseqüentemente, a inconcretude integral do direito derivam de uma imperfeição irremovível nos seus métodos de criação, pois nem o legislador nem o juiz gozam do poder absoluto de prever todas as decorrências possíveis que tais concepções, sejam oriundas de um processo legislativo ou de uma manifestação judicial, podem transpor ao cosmos prático da influência da norma jurídica. Não havendo, portanto, como auferir qual a resposta a ser considerada certa à um caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Ronald Dworkin é a mais difundida tese no campo da filosofia do direito, posto que rompeu com a versão clássica do positivismo e instituiu uma nova forma de se visualizar o direito, através de uma perspectiva valorativa e aproximada à moral. No entanto, não fora suficientemente arquitetada de forma que se blindasse das críticas teóricas, tendo inclusive reordenado o pensamento jurídico contemporâneo em vertentes opostas de análise da tese: os positivistas inclusivos e os positivistas exclusivos.

Apesar de ter recebido apreciações e críticas das mais diversos possíveis, nenhuma destas se mostrou tão peculiar quanto à análise econômica do direito, conforme traçada por Richard Posner que, ainda que não tenha sido, ao menos inicialmente, uma crítica encaminhada diretamente à tese dworkiniana, refutou em diversos aspectos o seu preceito acerca da resposta certa aos casos difíceis.

O choque entre as teorias postas revela uma preocupação, por parte de Dworkin, de destacar o atributo valorativo do direito, projetando-o como possuidor de uma única base normativa e arcabouço de fundação, qual seja: uma base principiológica, que deverá servir de instrumento hermenêutico para a construção da resposta judicial nos casos difíceis. Posner, por sua vez, em nenhum momento se compromete com essa caracterização da ciência jurídica, já iniciando sua análise apontando incompletudes e ineficiências dos preceitos estritamente normativos, e propondo uma análise mais ampla, recorrendo-se à dogmas econômicos que, quando considerados, produzirão uma decisão judicial que gerará, mediata e imediatamente, a satisfação dos interesses de todos os envolvidos naquele caso difícil.

Tal embate acerca da resposta certa das decisões judiciais acerca dos casos difíceis entre as teoria sistemática-interpretativa de Ronald Dworkin e a teoria cético-pragmática de Richard Posner, além de trazerem luz à aspectos importantes da própria constituição do sistema jurídico-normativo e como este deve ser efetivamente interpretado – uma vez que tais teorias não só possuem argumentos distintos, mas também pressupostos analíticos distintos –, trazem também contribuições relevantes quanto a questões pertinentes à realidade de boa parte das democracias atuais.

Isto porque, reconhece-se que o constitucionalismo contemporâneo influenciou significativamente a confecção das constituições modernas, e isto fez com que a necessidade de justa contemplação de todos os setores destas sociedades acarretasse no emprego, nos textos constitucionais, de termos vagos que – conforme trazido por Posner em sua teoria crítica à Dworkin –, acabaram por gerar a necessidade de se haver a devida elucidação judicial de tais termos, o que provocou cada vez mais um fenômeno de jurisdição constitucional e judicialização da política.

Neste sentido, vislumbrou-se grande protagonismo dos tribunais quando se está a falar de exercício e concretização de direitos, e, nesta conjectura, a certeza do direito reconhecido judicialmente faz-se ainda mais relevante. Portanto, o debate acerca de qual teoria das acima levantas torna a decisão judicial e a resposta jurisdicional aos casos difíceis mais adequada ao *dever-ser* do direito é, não só oportuna, como também relevante, especialmente frente aos fenômenos que temos visualizado nas democracias modernas, com notáveis polarizações políticas e interpretações distintas de normas de natureza constitucional.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. **Dworkin e a razoabilidade da justiça**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 100, p. 317 - 334. São Paulo, Dez 2005.

CRISTÓVAM, Sérgio da Silva. MENDES, Maicon Fernando. **Casos difíceis e suas soluções: uma abordagem a partir da visão de Ronald Dworkin**. In: Revista de Direito UNIDAVI. v. 5, n. 1, p. 203-218. São Paulo, Dez 2013.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. 2ª Edição. Rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRAGA, Juliana Machado. VOLPATO, Luana Figueró Silva. **Breve análise sobre o embate entre Ronald Dworkin e o pragmatismo de Richard Posner na construção da decisão judicial**. In: Revista Barbarói. Edição Especial n. 42, p. 103 – 121. Santa Cruz do Sul, Jul/Dez 2014.

HEINEN, Luana Renostro. **A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. Anais do CONPEDI, Direito e Economia, 2012.

LEITE, Geraldo Neves. DIAS, Jean Carlos. **A decisão judicial nos casos difíceis: uma análise a partir do debate entre Dworkin e Posner**. In: Teorias do Direito e Realismo Jurídico. v. 2, n. 2, p. 149 – 169. São Paulo, Dez. 2016.

POSNER, Richard. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSENFELD, Michel. **Dworkin and the one law principle: a pluralist critique**. In: Revue internationale de philosophie. v. 3, n. 233, p. 363 – 392. Paris, Mar. 2005.

SILVA, Gabriela Rangel da. STAACK, André Luiz. **Análise econômica do direito por Richard Posner e os direitos sociais: uma abordagem cruzada.** In: Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. v. 3, n. 1, p. 35 – 51. Brasília, Jan/Jun. 2017.

SIMIONI, Rafael. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin.** In: Revista Direito Mackenzie. v. 5, n. 1, p. 203 - 218. São Paulo, Dez 2018.

VERBICARO, Loiane Prado. RODRIGUES, Isabelle de Asunção. **A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas.** In: Revista Eletrônica Direito Sociedade. v. 5, n. 1, p. 103 – 132. Canoas, maio 2017.